

DOUTRINA

O método jurídico e a elaboração das leis (1)

EBERT CHAMOUN

Professor das Faculdades de Direito da Universidade do Distrito Federal e da Universidade Católica — Secretário Geral do Instituto Brasileiro de Direito Comparado e Estudos Legislativos.

A congregação desta Faculdade cometeu-me o elevado encargo de proferir a aula inaugural que assinala não apenas a abertura do ano letivo de 1951 como também, e essa é uma circunstância deveras honrosa para mim, o início dos trabalhos escolares dêste novel estabelecimento de ensino superior.

Não posso deixar, inicialmente, de me congratular com os srs. alunos que, pela primeira vez, transpuseram os umbrais desta escola. Oxalá constituam, dentro de cinco anos, sem uma falha sequer, a primeira turma de bacharelados da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro. Grandes obstáculos haverão de enfrentar para consegui-lo, muito superiores, sem dúvida, aos que já venceram, e que resultam não apenas das dificuldades mesmas do ensino jurídico pátrio, como também do fato de não poderem, em sua maioria ou totalidade, reservar ao estudo senão o tempo que lhes resta do trabalho cotidiano. Por essa razão, conclamo dos Srs. alunos todos os esforços e energias, para vencer êsses obstáculos sem solicitar dos mestres contemplações ou benevolências. Se é verdade que há um limite máximo de atividades que a higiene do labor aconselha não ultrapassar, é também verdade que há um mínimo de exigências que os professô-

1) Aula Inaugural proferida na Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

res não podemos deixar de fazer, sob pena de desvirtuar o ensino, reduzindo-o à prática de meras formalidades. Esta escola tem outros desígnios e estamos certos de obter a colaboração dos Srs. alunos para atingi-los num clima de mútua compreensão dos direitos e deveres.

A dedicação que lhes é solicitada concerne igualmente à tódas as disciplinas do curso jurídico. É provável que muita vez sintam a sensação de estar perdendo um tempo precioso e de ser obrigados a aprender coisas sem qualquer proveito, enquanto desconhecem outras absolutamente necessárias. Aos mestres, porém, é que incumbe saber o que convém aos estudantes. Esses possivelmente compreenderão mais tarde, ao chegar ao termo da jornada, a razão de certas cadeiras, programas ou pontos, desde que consigam abrir os olhos à verdadeira realidade. Neste sentido já os advirto ser absolutamente falsa e nociva a oposição entre o ensino teórico e o ensino prático, oposição que comumente se faz em detrimento do primeiro. Não pretendo aqui evidenciar-lhes a necessidade dos conhecimentos teóricos. Mas não posso deixar de lhes dizer que apenas eles é que indicam qual o caminho mais curto que na prática se deve tomar para lograr a verdade. Não pensem, portanto, os Srs. alunos que muito mais útil seria decorar a lei e reter um certo número de fórmulas costumeiras. A lei, como os Srs. verão sobejamente, não passa de uma das fontes do direito e tódas as fórmulas judiciárias só são idôneas quando, preenchendo os requisitos legais, obedecerem às normas fundamentais de uma boa redação. Sem dúvida alguma é indispensável dar um cunho prático à tódas as cadeiras que o comportem, como, sobretudo, o processo. Mas nada se há de fazer sem o estudo acurado e, tanto quanto possível, completo, dos princípios gerais, do sistema, do arcabouço que assegura ao direito o caráter de ciência.

É precisamente o estudo de certas questões fundamentais que suscita o direito como ciência que eu agora pretendo encetar. Trata-se da fixação de determinados pressupostos imprescindíveis ao estudo de qualquer disciplina

jurídica, aspectos que, a rigor, exorbitam da matéria do Curso de Bacharelado para situar-se no campo aridíssimo da Filosofia do Direito: o problema do método jurídico. Por entendê-lo assim fundamental e preliminar é que o escolhi para tema desta aula inaugural.

* * *

Se observarmos uma sociedade em qualquer momento de sua evolução, veremos que está regida por um complexo de normas diferentes. Essas normas porém, são necessariamente coerentes e harmônicas. Com efeito, se aprofundarmos nossa pesquisa, encontraremos um princípio ético do qual tódas elas defluem, e que é o estalão supremo de comportamento.

Esse princípio ético pode ser encarado sob um duplo ponto de vista: em relação a cada indivíduo em si, caso em que ele atua na consciência, no fôro íntimo, selecionando, por um processo de joeiramento exclusivamente subjetivo, as ações que são compatíveis com os seus ditames, das outras que, com estes não se compadecem; e em relação aos demais indivíduos, caso em que reporta ao comportamento exterior, determinando que uma pessoa tenha uma possibilidade de ação em face de uma outra, vale dizer, engendrando o direito e o dever. Sob o primeiro aspecto, o princípio ético traduz-se na moral, cujo domínio encerra normas subjetivas e unilaterais, isto é, normas que governam a consciência e que se referem apenas a um indivíduo; sob o segundo aspecto, o princípio ético se manifesta no direito, que se caracteriza por ser objetivo e bilateral, isto é por atuar no grupo social e por ditar as relações entre dois ou mais indivíduos, o titular do direito e do dever. Todo direito é, destarte, uma relação entre pessoas, inclusive os direitos reais.

Sem embargo, antes de o indivíduo praticar sua atividade ele decide sobre esta prática; acerca da norma jurídica, emite ele os seus juízos de valor, podendo muito bem suceder que ela não se coadune com a sua moral ou

que a desobediência lhe seja mais vantajosa. Consequentemente há no direito uma fase que é psicológica e outra que é, digamos assim, fenomenológica. Do caráter psicológico dimana a violabilidade da norma jurídica, ao passo que do caráter fenomenológico decorre a coercibilidade do preceito jurídico. A violabilidade e a coercibilidade são assim as características do direito.

Ora do caráter fenomenológico do direito promana a circunstância de sua objetividade, ou, em termos mais categóricos, a submissão à categoria do tempo. O direito é, por conseguinte, um fenômeno histórico que nasce com o nascimento do grupo social e que evolue constantemente enquanto dura esse grupo, cujas relações ele regula.

Do duplo aspecto do direito resulta sua dualidade metodológica. O método jurídico é necessariamente duplo, dedutivo e indutivo, dogmático e histórico.

O método dogmático consiste em partir do texto da lei e, através do raciocínio lógico, erigir os princípios gerais dos quais a lei é a expressão. Eleva assim construções mediante um corpo cerrado de definições e classificações e visa a dar um caráter sistemático ao diploma estudado, apresentando-lhe as várias justificações lógicas de seus preceitos.

O método histórico consiste no estudo da sucessão temporal do "fenômeno" jurídico com o fim de haurir os ensinamentos que a experiência jurídica proporciona. Do vasto conjunto de transformações e reações, extrai o método histórico as normas que presidiram ao evoluir do lado exterior do direito como tradição e cultura que é.

Estes métodos, embora visceralmente diferentes, completam-se e se auxiliam. A aplicação exclusiva de um deles gera terríveis malefícios e podemos dizer, que furta ao direito o caráter de ciência.

Efetivamente o simples emprêgo da investigação lógica conduz à suposição de que a lei é a única expressão do fenômeno jurídico e que exaure todo direito (monismo dogmático) e, por outro lado, leva a limitar arbitrariamente

mente as categorias jurídicas, transformando as teorias em ideologias, como se a realidade tivesse de se moldar nelas. A este vício metodológico se deu o nome de jurisprudência conceptual, "Begriffsjurisprudenz".

Já se apontou o método histórico como corretivo destas falhas porquanto sua aplicação impede, pela observação constante da realidade, que as construções lógicas desta se despeguem e constituam óbices para o progresso. A chamada "física experimental da jurisprudência", a investigação histórica, enquadra o fenômeno jurídico entre os demais fenômenos sociais e examina em que medida se entre-atuam, se determinam ou são determinados. A história ensina pois, que o direito existe em função de certas "coordenadas", o sistema econômico, o tipo de religião ou de magia, o "habitat", a raça, a natureza da linguagem, as artes, as invenções, a vida intelectual, etc. A história ensina que um sistema jurídico não se pode insurgir contra o sistema econômico dominante e que a um regime feudal não pode senão corresponder um direito feudal, a um regime individualista, um direito individualista, a um regime socialista, um direito socialista. Mostra que "o direito não é coisa metafísica, mas matéria essencialmente humana, feita de sentimentos e de interesses antes que de fórmulas, social mais do que individual, e em permanente evolução, muito acima das categorias que pretendem cristalizá-lo". Revela que os princípios fundamentais das relações de direito privado são ditados pela tradição e por uma utilidade verificada pela experiência; e que, como disse Portalis, "as leis se fazem com o tempo, não são feitas por nós".

É portanto, de suma necessidade o estudo de história do direito.

No entanto, não se pode ele subtrair à companhia do método racional, sem o qual, aliás, o direito também não seria ciência. Esquecer a necessidade de investigação lógica seria olvidar que a ciência não se funda apenas na experiência, mas também na razão. Seria negligenciar o fator inventivo no desenvolvimento do direito. O exclu-

sivo emprêgo da investigação histórica geraria, em primeiro lugar, o empirismo jurídico, segundo o qual bastaria o exame da matéria social, e qu, como se sabe, incide em um visível êrro supondo, como supõe, conhecido um conceito que pretende determinar. Em segundo lugar, engendraria um "quietismo" nocivo, uma enorme preguiça mental, que desinteressaria o jurista das reformas práticas e das elocubrações dogmáticas (anti-filosofismo) e que, como já disse, suporia erroneamente serem os fenômenos históricos limites de pesquisa do jurista e não simples fontes de estudo. Ora, a humanidade é indefinidamente perfectível e uma crença oposta seria, além de ridícula, perniciosíssima.

Ademais, os historiadores do direito têm de confessar que o seu manancial de estudos é incompleto, que a experiência histórica é sempre insuficiente, dada a falta de documentação, eventual, e do contato direto com o fenômeno, que já perdeu atualidade. Que faz então o historiador? Levanta hipóteses, que desempenham assim um papel assaz relevante. A hipótese funda-se aqui na coerência que deve existir nas normas reguladoras de uma sociedade, à qual aludimos no início do estudo. Não obstante não se pode muita vez exigir do historiador o preenchimento de uma lacuna, visto que pode não ter elementos para a solução ou que deve contar com o irracional e o ilógico. "A impaciência leva às vezes o historiador ao limite, o desejo de saber não está ainda satisfeito, e não se quer proclamar sua insuficiência. É porque lá onde faz falta a história, se ergue um mito: um mito que pode ser localizado de várias maneiras no tempo, mas que entretanto deve ser escolhido de modo que abranja todo o horizonte, como a moradia de Poseidón que os gregos colocavam no extremo limite ocidental do horizonte, e que levavam sempre mais a oeste conforme a sorte dos navegadores audazes". O mito representa para a hipótese, no campo da história, o mesmo perigo que, no campo do raciocínio lógico, representa a ideologia para a teoria.

Enfim, é certo que a história, com todos os seus méritos, não nos diz o justo e o injusto. Apenas o raciocínio é que nos pode evidenciar, em relação ao princípio ético, qual o preceito que deverá ser sancionado. A função deontológica da ciência social transcende dos limites da experiência jurídica.

Dissemos que, se os métodos histórico e dogmático são complementares, no entanto se distinguem fundamentalmente. Com freqüência se vê uma contenda travada entre juristas que terçam ambos lanças por soluções certas, cada uma em seu plano.

Por exemplo, a discussão acêrca do fundamento de proteção possessória. Asseverou Savigny que a posse é tutelada para evitar que se manifeste a justiça privada e, por conseguinte, para assegurar a ordem pública. Ihering, porém, abroquelado num texto de Gaio, afirma que a posse é defendida veementemente pelos interditos para evitar o recurso à prova difficilima da propriedade; seria a proteção possessória, uma defesa avançada do domínio. Ambas as doutrinas são verdadeiras, a de Savigny, do ponto de vista dogmático, utilizável para qualquer sistema de direito positivo, a de Ihering, do ponto de vista histórico, fiel que é aos textos do Direito Romano.

Todos ou quase todos os institutos têm um fundamento racional e outro histórico. O usucapião, *verbe gratia*, pode ser expicado como uma punição à negligência de um proprietário, ao mesmo tempo que para justificá-lo, se pode invocar o Direito Romano, onde se desenvolveu largamente.

Se se puder falar de propriedade absoluta, ter-se-á de colocar num plano absolutamente lógico, pois que se sabe que historicamente a estrutura da propriedade, segundo as conjunturas sociais e econômicas, ora se avoluma, com o próprio interesse individual, ora se adelgaça, ante os impetus do interesse público.

A função da história do direito é, por conseguinte importantíssima. Não é um simples adminículo para o cientista, um auxiliar prestimoso para o técnico. É antes de

tudo uma das traves onde descansa a própria ciência do direito e que suporta, em base sólida, toda a construção que o raciocínio erige. A intuição pode corrigir os vícios da inteligência, que se alevanta por vezes, às torres de marfim da irreabilidade. A história mostra um teto que a aeronave não deve transpor, um limite de legitimidade de indagações, um freio aos devaneios do raciocínio.

Por que tanto se falou de uma "revolta do direito contra o código" e de uma "revisão necessária dos conceitos jurídicos"? Porque o direito foi estagnado por construções lógicas ou pseudo-lógicas e porque os ensinamentos da história não foram compreendidos. A esse respeito pode dizer-se que a função da história é ao mesmo tempo conservadora e progressista: progressista porquanto sua compreensão impede a paralisação do sistema; conservadora já que ensina que as invenções suscitadas pelo momento presente não devem ser exageradas, para amanhã servir de empeco à evolução. Proíbe que se veja como fato consumado o desaparecimento da noção de culpa da teoria da responsabilidade; da idéia caríssima de liberdade em face do pretendido moderno direito de classe que opõe patrões a operários, locatários a locadores, nacionais a estrangeiros; da liberdade das transações que se teria obumbrado diante da economia dirigida e do direito corporativo; de um "conteúdo irreduzível da propriedade em face de sua compreensão legal e assim por diante".

Procuremos agora aplicar esses princípios fundamentais a um dos mais importantes aspectos da ciência do direito e a uma das mais relevantes atribuições do jurista, a elaboração das leis.

Como em toda atividade jurídica nós seremos forçados a distinguir a feição psicológica e a feição fenomenológica, a dogmática e a história, o fator técnico e o fator político. O legislador deve considerar um e outro, para fazer leis que atendam tanto às necessidades sociais, políticas e econômicas do momento, quanto aos imperativos da dogmática do direito, de sua sistematização e de sua lógica.

Assim, a legislação reflete sempre a sociedade que regula, retrata o ambiente e o momento cultural em que se elabora. Com toda razão dizia o presidente da comissão encarregada de reformar o Código Civil Francês: "...le seul moyen d'éréussir un Code, consiste à se placer dans l'ambiance du moment et à decanter ce qui est". Já vimos, nesse particular, que a um regime individualista só pode corresponder uma legislação individualista, a um regime socialista uma legislação socialista e assim por diante. Falando sem embargos, cremos que a legislação consubstancia sempre, ou quase sempre, as idéias políticas do "governo" e a tal ponto isso é certo que quando da elaboração delas participam elementos hostis a essas idéias não é para apreciar o fator político, mas para colaborar no fator técnico, isto é, para concretizar os conceitos e aplicar os princípios gerais que constituem a trave mestra da ciência do direito.

Essa observação nos leva a jamais menosprezar a autoridade, a força política e, porque não dizer, militar, do Estado, na explicação de certos fenômenos jurídicos. As chamadas "recepções" de direitos são principalmente determinadas por motivos de ordem exclusivamente política. É preciso atentar em que a recepção do direito romano muito se deveu a ter sido o direito do *imperium romanum*, é indubitável que a pujante expansão do *Code Civil* somente se pode atribuir à potência do império napoleônico, assim como temos de concordar com que a derrota alemã na primeira guerra mundial excluir a possibilidade de hegemonia do BGB e com que o debilitamento dos países do Ocidente europeu torna problemática a influência, no estrangeiro, dos Códigos civis europeus. Temos de reconhecer que na maioria desses eventos contribui muito pouco o apuro e a perfeição técnica da lei.

A quem estuda o século passado ressalta de um modo inconcuso a uniformidade das tendências políticas e das orientações doutrinárias. Por essa razão pode-se dizer que o século passado era um século fadado às grandes codificações. Era a consequência óbvia da unidade política a

que êle havia atingido, com a consagração mais ou menos geral do individualismo, como também com a elaboração de uma doutrina científica, da escola dos pandeotistas, alicerçada nos resultados dogmáticos dos estudos de direito romano. A vocação para a codificação nascia assim espontâneamente da justaposição do dado político — de que foi principal expressão o *Code Civil de 1804* — com o dado técnico — em que se arrimou sobretudo o BGB de 1896 — dados êsses que haviam logrado uma certa homogeneidade, mormente o técnico, que tinha a seu favor os ideais de universalidade do direito romano.

Que dizer do estudo do direito sob o ponto de vista metodológico em nossa terra e qual o panorama atual do problema da elaboração das leis? Acredito que vivemos, em ambos os setores, um período de absoluta transição.

Quanto ao estudo do direito sob o ponto de vista metodológico, nós finalmente oscilamos da fase puramente exegética para uma fase de construção dogmática do direito positivo. A primeira fase caracteriza-se por concentrar-se a atividade do jurista na interpretação e no comentário da lei. Como sãbiamente observara o prof. San Tiago Dantas, essa é “a época em que a literatura se enriquece de Comentários aos códigos e leis principais, e também de repertórios, formulários, glosas e anotações, visando à melhor compreensão do verbo legal e à mais fácil aplicação de seus preceitos”. A segunda fase é aquela em que o jurista se lança à construção jurídica, à fixação dos princípios gerais e dos conceitos essenciais à formação da ciência do direito positivo. É oportuno salientar, como fez aquêle ilustre mestre, que essa transição não se fará sem um retôrno, o retôrno ao direito romano, análogo aquele que fizeram as culturas jurídicas germânica e italiana no fim do século passado, antes de fixar as bases dogmáticas do direito civil moderno.

Quanto ao panorama atual da questão da elaboração da lei, apenas se pudermos somar a unidade política com a perfeição técnica é que teremos reproduzido o binômio

do século XIX, que habilitaria o legislador à novas e grandes codificações.

Todavia, êsse não é o ambiente em que vivemos. A instabilidade política e econômica em que se debate não só a nossa terra como todo o mundo civilizado, é notória. Contendem, presentemente, duas doutrinas antagônicas e inconciliáveis, o capitalismo e o comunismo que, para se enfrentarem sem disfarces, deram-se por um tempo as mãos eliminando as soluções equívocas dos totalitarismos fascista e nazista. Uma tal situação o legislador não pode desconhecer: é forçado a assistir ao desfecho dessa antitese suprema, contentando-se com dar soluções particulares à problemas, muita vez gerais e jamais se abalanzando a construções amplas e compreensivas. Para agravar essa terrível crise, acresce, em nossa terra, a circunstância de que apenas agora transitamos da economia colonial para a economia industrial. Nada, portanto, justificaria atualmente uma nova codificação, mesmo porque, aqui como alhures, teremos de conciliar ainda o individualismo conservador com o socialismo reformista.

O estado da investigação técnica não é mais animador. As deficiências da formação jurídica, máxima oriunda da falta de preparo romanístico e de visão dogmática dos problemas de direito, têm sido responsáveis pela crescente decadência da técnica legislativa, a qual se manifesta igualmente quer onde os funcionários de ministérios redigem as leis quer onde as discutem os parlamentares. Para tal contribuem a falta de experiência na arte de legislar, a pressa de elaborar as leis e sobretudo a ausência de consulta à nata de técnicos. A nós, então, sobram infelizmente exemplos de leis mal feitas que atingem resultados contrários aos que pretendia colimar, que permitem em vez de proibir ou proíbem em vez de permitir. O recurso de que lança mão o intérprete mal avisado tem consistido em apegar-se à interpretação autêntica, porque só ela esclarece a *patio legis* que o legislador inepto mal pôde deixar transparecer no corpo mesmo da lei.

Também falta ao legislador atual, como observara Goldschmidt, o sentido da unidade do sistema jurídico, de modo que, no seu afã de especializar, apresenta-nos sem necessidade, conceitos distintos para os mesmos fenômenos da vida, além de inúmeras disposições totalmente superfluas. Foi olvidada a sabedoria dos redatores do Código Civil Francês, de que o legislador não pode prever tudo. Domina, em consequência, a crença da omnisciência da legislação, a qual corresponde, aliás, muito mais ao Estado de Polícia do que ao Estado de Direito. O resultado derradeiro é a asfixiante hipertrofia e complexidade legislativas em que nos debatemos.

O desequilíbrio político aliado ao declínio da técnica legislativa determinaram a vocação do nosso tempo para a legislação especial. O próprio direito se fragmenta não segundo os critérios clássicos, da natureza da norma jurídica, mas consoante os seus objetos imediatos. Elabora-se uma infinidade de leis especiais, freqüentemente justificada, pela enganosa ilusão de urgência, como acerca da locação de imóveis e quase sempre inadequáveis aos quadros gerais do direito comum. Para isso contribui, muito mais do que a crescente multiplicidade da vida, a inadaptação do legislador para a abstração e a ciência.

A crise da técnica legislativa só se poderia conjurar com a volta ao *ius communi*", com o culto à dogmática jurídica, com o estudo da história do direito, sobretudo do direito romano. Importante poderia ser também o papel do Direito Comparado o qual, juntamente com a história, condensa toda a experiência legislativa. Os Institutos de direito comparado e estudos legislativos poderiam desempenhar uma relevantíssima função, preparando a nata de técnicos a que, há pouco, fiz referência.

É indispensável e premente que reajamos contra esses alarmantes sintomas de decadência. O nosso direito que, pela herança, é o direito romano, o direito português, o direito alemão de base romana, o direito francês e o direito italiano, não é senão um fragmento desse magnífico continuo que é a cultura latina. E temo-nos de con-

vencer de que a dialética da histórica nos confiou a ingente responsabilidade de preservar a cultura latina ou greco-latina. Não podemos renunciar a esse legado precioso, de que somos os legítimos titulares. A civilização ocidental européia estertora ante a catástrofe de um conflito mundial ainda recente e a iminência de um novo. A nós, mais do que a ninguém, incumbe receber, com as mais inexperientes e profanas, a sagrada investidura de toda uma civilização, o relicário da latinidade. Não podemos trair essa missão histórica e urge que compreendamos, principalmente os estudantes que ingressam numa Faculdade onde se cultivará o direito, que temos o dever para com a humanidade de estar à altura dessa missão.